

Deutscher Bundestag
Innenausschuss

Ausschussdrucksache
17(4)706 F

1



Schriftliche Stellungnahme des
Deutschen Instituts für Menschenrechte

Zur öffentlichen Anhörung zum Gesetzentwurf der Abgeordneten Rüdiger
Veit, Gabriele Fograscher, Wolfgang Gunkel, weiterer Abgeordneter und
der Fraktion der SPD
Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Situation Minderjähriger
im Aufenthalts- und Asylverfahrensrecht

am 15.04.2013

BT-Drucksache 17/9187

Dr. Hendrik Cremer

Inhaltsübersicht

I. Menschenrechtlicher Maßstab und Aufbau der Stellungnahme

II. UN-Kinderrechtskonvention (KRK) ist Menschenrechtsvertrag

III. Zum Normenverständnis der KRK: Menschenrechtsschutz des Kindes wird verbessert

1. Kinder als Träger eigener Rechte
2. Umfassende Festschreibung der Rechte des Kindes und des Vorrangs des Kindeswohls in der KRK
3. Rechte des Kindes werden konkretisiert

IV. Konventionsbestimmungen von besonderer Bedeutung

1. Rechte gelten für jedes Kind bis zur Volljährigkeit, Art. 1 KRK
2. Vorrang des Kindeswohls als umfassender Maßstab, Art. 3 Abs. 1 KRK
 - a) Unterschiedliche Funktionen von Art. 3 Abs. 1 KRK innerhalb der KRK
 - b) Kindeswohl als Rechtsbegriff
3. Art. 12 KRK: Das Recht des Kindes, gehört zu werden
4. Der Anspruch des unbegleiteten Kindes auf besonderen Schutz und Beistand des Staates, Art. 20 KRK
 - a) Art. 20 KRK begründet ein Recht auf alternative Ersatzbetreuung zum Wohl des Kindes
 - aa) Anspruch auf Unterbringung in einer geeigneten Kinderbetreuungseinrichtung als Mindestgarantie
 - bb) Kindeswohl entscheidendes Kriterium im Einzelfall
 - b) Einordnung des Art. 20 KRK im Kontext der deutschen Kinder- und Jugendhilfe und des Vorrangs der Elternrechte

V. Zu einzelnen Regelungen des Gesetzesentwurfs

1. Zurückweisungsverbot unbegleiteter Minderjähriger an der Grenze, Art. 20 KRK
 - a) Geltung von Art. 20 KRK an der Grenze, Art. 2 Abs. 1 KRK
 - b) Art. 20 KRK im Spannungsfeld von Menschenrechtsschutz und staatlicher Zuwanderungskontrolle
 - c) Souveränität der Vertragsstaaten durch Art. 20 KRK eingeschränkt
2. Keine Ausgrenzung 16- und 17-jähriger unbegleiteter Minderjähriger aus der Kinder- und Jugendhilfe
3. Aufenthalts- und asylrechtliche Verfahrensfähigkeit, Vormund- und Ergänzungspflegschaft
4. „Altersfeststellung“
5. Kein Festhalten in Transitbereichen zwecks Durchführung eines Asylverfahrens (Flughafenverfahren)

VI. Weitergehender Änderungsbedarf - Lücken im Gesetzesentwurf

1. Verbot der Abschiebungshaft
 2. Spezifische Aufenthaltstitel für unbegleitete Minderjährige
 - a) Aufenthaltstitel für die Dauer von Clearingverfahren
 - b) Aufenthaltstitel für minderjährige Betroffene von Menschenhandel
- ### VII. Zusammenfassende Würdigung

I. Menschenrechtlicher Maßstab und Aufbau der Stellungnahme

Das Deutsche Institut für Menschenrechte ist die unabhängige Nationale Menschenrechtsinstitution Deutschlands. Es ist gemäß den Pariser Prinzipien der Vereinten Nationen akkreditiert (A-Status). Zu seinen Aufgaben gehören Politikberatung, Menschenrechtsbildung, angewandte Forschung zu menschenrechtlichen Themen sowie die Zusammenarbeit mit internationalen Organisationen. Mit der vorliegenden Stellungnahme konzentriert sich das Institut auf die völkerrechtlich verbürgten Menschenrechte, die von Relevanz für den Gesetzesentwurf sind, und nimmt damit seine Brückenfunktion zwischen internationalem und nationalem Menschenrechtsschutz wahr.

Rechtlicher Bezugsrahmen der Stellungnahme ist das Übereinkommen über die Rechte des Kindes (Convention on the Rights of the Child), das in Deutschland gewöhnlich als UN-Kinderrechtskonvention (KRK) bezeichnet wird.

Vor diesem Hintergrund erfolgen in dieser Stellungnahme zunächst einige grundsätzliche Ausführungen zur normativen Einordnung und zum Normenverständnis der Konventionsbestimmungen. Darauf aufbauend werden einzelne Normen der KRK inhaltlich erläutert, die für die Themenfelder des Gesetzesentwurfs von zentraler Bedeutung sind. Auf diesen Ausführungen basierend wird schließlich auf einzelne Regelungen des Gesetzesentwurfes eingegangen.

II. UN-Kinderrechtskonvention (KRK) ist Menschenrechtsvertrag

Die UN-Kinderrechtskonvention (KRK) reiht sich ein in eine Anzahl von Menschenrechtsverträgen, die in den letzten Jahrzehnten auf globaler Ebene geschaffen worden sind.

Die Gewährleistung der Menschenrechte durch völkerrechtliche Verpflichtungen der Staaten ist einer der zentralen Aspekte des modernen Völkerrechts. Dieses beschäftigt sich nicht mehr allein mit den Rechtsverhältnissen zwischen den Staaten, sondern auch mit dem Schutz von Individuen. Die vertraglichen Verpflichtungen zielen darauf ab, die Menschenrechte im Hoheitsbereich aller Vertragsparteien zu gewährleisten. Deren Einhaltung wird durch regionale Gerichtshöfe, wie etwa den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, aber auch von Spruchkörpern auf globaler Ebene, den UN-Vertragsausschüssen, überprüft.

Die Geltendmachung individualrechtlicher Rechtspositionen durch Einzelpersonen ist auf internationaler Ebene dann möglich, wenn ein völkerrechtlicher Vertrag dem Einzelnen dazu die Möglichkeit einräumt. Zahlreiche UN-Menschenrechtsverträge enthalten mittlerweile entsprechende Individualbeschwerdeverfahren, wie etwa der Internationale Pakt für bürgerliche und politische Rechte (Zivilpakt) von 1966. Auch zum Internationalen Pakt für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Sozialpakt) von 1966 gibt es seit 2008 ein Fakultativprotokoll, das ein Individualbeschwerdeverfahren vorsieht. Damit wurde untermauert, dass auch wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte justiziabel sind.

Und mittlerweile gibt es auch zur UN-Kinderrechtskonvention ein Fakultativprotokoll¹, in dem ein Individualbeschwerdeverfahren vorgesehen ist. Obwohl noch nicht lange zur Ratifikation aufgelegt, hat es Deutschland bereits ratifiziert. Damit hat Deutschland anerkannt, dass die UN-Kinderrechtskonvention individuelle Rechtspositionen begründet, die - nach Ausschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs - vor dem UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes in Genf geltend gemacht werden können.²

¹ Deutscher Bundestag, Drucksache 17/0916.

² Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Pressemitteilung, 28.02.2013, Kristina Schröder: "Deutschland ist Vorreiter bei der Stärkung von Kinderrechten", Deutschland ratifiziert **2013 Deutsches Institut für Menschenrechte. Alle Rechte vorbehalten.** Deutsches Institut für Menschenrechte, Zimmerstr. 26-27, 10969 Berlin Telefon (030) 25 93 59-0, E-Mail info@institut-fuer-menschenrechte.de menschenrechte.de www.institut-fuer-menschenrechte.de

Wenngleich die Frage, ob UN-Menschenrechtsverträge individualrechtliche und justiziable Verbürgungen beinhalten, mit der Etablierung von Individualbeschwerdeverfahren längst und eindeutig entschieden ist, stößt man nicht nur im deutschen juristischen Schrifttum, sondern ebenso in der deutschen Rechtspraxis bis heute auf Auffassungen, die diese Entwicklungen nicht ausreichend zur Kenntnis nehmen. Diesen Umstand greift auch der vorliegende Gesetzesentwurf auf.

III. Zum Normenverständnis der KRK: Menschenrechtsschutz des Kindes wird verbessert

Vor diesem Hintergrund, den Unklarheiten und Schwierigkeiten, die mit der normativen Einordnung der Bestimmungen der KRK verbunden sind, erfolgen zunächst einige grundsätzliche Ausführungen zum Normenverständnis der KRK. Sie sollen insbesondere Relativierungen der KRK entgegentreten und verdeutlichen, dass es sich bei den Bestimmungen der KRK nicht nur um verbindliches Recht handelt, welches von den Vertragsstaaten umzusetzen ist. Als darüber hinaus gehendes „Plus“ gegenüber rein objektiven Staatenverpflichtungen beinhaltet die KRK vielmehr individuelle Rechte, die Kinder in ihrer Rechtsposition stärken.³

1. Kinder als Träger eigener Rechte

Von zentraler Bedeutung für das Normenverständnis der KRK ist die Grundsatznorm des Art 2 Abs. 1. Dort heißt es: „Die Vertragsstaaten achten die in diesem Übereinkommen festgelegten Rechte und gewährleisten sie jedem ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Kind [...]“. Die Norm spricht demnach zwar von Staatenverpflichtungen („Die Vertragsstaaten achten [...] und gewährleisten [...]“), diese beziehen sich allerdings auf die Erfüllung der durch die Konvention festgelegten Rechte des Kindes. Art. 2 Abs. 1 spricht ausdrücklich von Rechten des Kindes und setzt deren Existenz in der Konvention demnach voraus.

Art. 2 Abs. 1 KRK inhaltlich entsprechende Grundsatznormen finden sich ebenso in anderen Menschenrechtsverträgen - wie etwa in Art. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) von 1950⁴ oder in Art. 2 Abs. 1 des Zivilpaktes von 1966.⁵ Auch in diesen Bestimmungen wird statuiert, dass die jeweiligen Übereinkommen nicht nur staatliche Verpflichtungen begründen, sondern gleichzeitig individuelle Rechte, welche jeder Person gemäß den folgenden speziellen Konventionsbestimmungen zustehen.⁶

Zusatzprotokoll zur VN-Kinderrechtskonvention,
<http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/Presse/pressemitteilungen,did=196152.html>.

³ Siehe dazu genauer Cremer Hendrik, Die UN-Kinderrechtskonvention, Geltung und Anwendbarkeit in Deutschland nach der Rücknahme der Vorbehalte, 2. Auflage, Deutsches Institut für Menschenrechte (Hg.), Berlin 2012, S. 8 ff.

⁴ Art. 1 EMRK lautet: „Die Hohen Vertragsparteien sichern allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen die in Abschnitt I bestimmten Rechte und Freiheiten zu.“

⁵ Art. 2 Abs. 1 KRK orientiert sich in seinem Regelungsgehalt vor allem an Art. 2 Abs. 1 Zivilpakt. In Art. 2 Abs. 1 Zivilpakt heißt es: „Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, die in diesem Pakt anerkannten Rechte zu achten und sie allen in seinem Gebiet befindlichen und seiner Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen [...] zu gewährleisten.“

⁶ Entsprechende Grundsatznormen mit den gleichen Grundaussagen finden sich ebenso in der UN-Behindertenrechtskonvention (BRK) von 2006, nämlich in Art. 1 Satz 1 und Art. 4 Abs. 1 BRK. Dem entsprechend hat das Bundessozialgericht in einem Urteil vom 29.04.2010 zu Art. 1 S. 1 BRK ausgeführt: „Nach Art 1 des Übereinkommens ist es sein Zweck, den vollen und gleichberechtigten Genuss aller Menschenrechte und Grundfreiheiten durch alle Menschen mit Behinderungen zu fördern, zu schützen und zu gewährleisten und die Achtung der ihnen innewohnenden Würde zu fördern. Diese Generalklausel wird durch zahlreiche folgende Artikel konkretisiert, und zwar hinsichtlich der Rechte und Grundfreiheiten der Menschen mit Behinderungen und der daraus erwachsenden Verpflichtungen der Vertragsstaaten.“ BSG, Urteil vom 29.04.2010, Aktenzeichen B 9 SB 2/09 R, Ziffer 43.

Die Verpflichtung der Vertragsstaaten aus Art. 2 Abs. 1 KRK, die in der Konvention festgelegten Rechte zu achten und zu gewährleisten, erstreckt sich gleichermaßen auf alle in der Konvention festgelegten Rechte.⁷ Dabei werden menschenrechtliche Verpflichtungen der Staaten seit den 1990er Jahren sowohl in der Wissenschaft als auch seitens der Menschenrechtsausschüsse auf UN-Ebene in einer Pflichtentrias ausdifferenziert, die für das Verständnis der Menschenrechte und ihre Anforderungen an die Staaten maßgeblich geworden ist. Es geht hier um Achtungs-, Schutz- und Gewährleistungspflichten⁸ des jeweiligen Vertragsstaates.⁹ Der konkrete Inhalt dieser Pflichten und die damit korrespondierenden individuellen Rechtspositionen ergeben sich aus der Interpretation des jeweiligen Rechts.

Darüber hinaus sind Menschenrechte - auch wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte - justiziabel, wenn bestimmte Personen von Rechten ausgeschlossen oder im Schutzbereich eines Rechts benachteiligt werden.¹⁰

2. Umfassende Festschreibung der Rechte des Kindes und des Vorrangs des Kindeswohls in der KRK

Die Kinderrechtskonvention ist für den menschenrechtlichen Schutz von Kindern von grundlegender Bedeutung. Sie bekräftigt den Geltungsanspruch aller Menschenrechte für Kinder und baut dabei auf dem bereits zuvor bestehenden Bestand existierender menschenrechtlicher Übereinkommen auf - was bereits in ihrer Präambel deutlich und umfassend zum Ausdruck kommt.

Wenngleich der allgemeine Menschenrechtsschutz, insbesondere der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (Zivilpakt) und der Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Sozialpakt) grundsätzlich jede Person und damit auch Kinder unter den Schutz der Menschenrechte stellt, hat sich mit der Schaffung der Kinderrechtskonvention auf internationaler Ebene die Erkenntnis durchgesetzt, dass Kinder eines besonderen auf sie speziell zugeschnittenen Menschenrechtsschutzes bedürfen.

Der von der Generalversammlung der Vereinten Nationen 1989 verabschiedete Text wurde in einem über zehn Jahre andauernden Verhandlungsprozess der Staaten ausgearbeitet.¹¹ Die Zielsetzung der Staaten wurde dabei zunehmend ambitionierter. Diese bestand darin, ein universelles Vertragswerk von historischer Bedeutung zu schaffen, welches erstmalig eine

⁷ Vgl. van Bueren, Geraldine, *The International Law on the Rights of the Child*, Dordrecht 1995, S. 391; Detrick, Sharon, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, The Hague 1999, S. 68 f.; Cremer, Hendrik, *Das Übereinkommen über die Rechte des Kindes*, Einführung, in: Deutsches Institut für Menschenrechte (Hg.), *Die „General Comments“ zu den VN-Menschenrechtsverträgen*. Deutsche Übersetzung und Kurzeinführungen. Baden-Baden, S. 527 ff., unter Bezugnahme auf die Allgemeinen Kommentare des Ausschusses der KRK; Hodgkin, Rachel/Newell, Peter, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, UNICEF (Hg.), Genf 1998, S. 19 und S. 51.

⁸ Im Englischen werden hier regelmäßig die Begrifflichkeiten „to respect, to protect, to fulfil“ verwendet.

⁹ Mit Gewährleistungspflichten sind beispielsweise infrastrukturelle oder finanzielle Maßnahmen gemeint, die ein Staat zur Verwirklichung eines Rechts zu unternehmen hat. Schutzpflichten verlangen vom Staat, Maßnahmen zu ergreifen, die Privatpersonen daran hindern, das jeweilige Recht zu beeinträchtigen. Achtungspflichten setzen den Staaten Grenzen im Hinblick auf direkte und indirekte Eingriffe in menschenrechtliche Verbürgungen.

¹⁰ Das akzessorische Diskriminierungsverbot des Art. 2 Abs. 1 KRK erweitert den Schutzbereich der Konventionsrechte.

¹¹ Die KRK geht auf eine Initiative der polnischen Regierung aus dem Jahre 1978 zurück, am 20.11.1989 wurde der Text der KRK von der Generalversammlung der Vereinten Nationen verabschiedet. Siehe genauer zur Entstehungsgeschichte und zum Ausarbeitungsprozess der KRK, Cremer, Hendrik, *Der Anspruch des unbegleiteten Kindes auf Betreuung und Unterbringung nach Art. 20 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes*. Seine Geltung und Anwendbarkeit in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 2006, S. 76 ff.

möglichst geschlossene und umfassende völkerrechtliche Festschreibung der Rechte des Kindes zum Gegenstand haben sollte. Dementsprechend wurde ein Konventionstext ausgearbeitet, der sowohl die familiäre Einbindung des Kindes berücksichtigt wie auch auf den Schutz des individuellen Kindes ausgerichtet ist und wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte ebenso wie bürgerliche und politische Rechte formuliert.

Als besondere Charakteristika der KRK sind der weitreichende Maßstab des Kindeswohls (Art. 3 Abs. 1 KRK) wie auch das Recht des Kindes, angehört zu werden (Art. 12 KRK), hervorzuheben.¹²

3. Rechte des Kindes werden konkretisiert

Um ihr Hauptanliegen zu erreichen, den Menschenrechtsschutz für Kinder zu verbessern, konkretisiert die KRK im selben Zuge die mit den Rechten korrespondierenden staatlichen Verpflichtungen. Damit erklärt sich, dass einzelne Bestimmungen der KRK ihrem ersten Eindruck nach so formuliert sind und verstanden werden könnten, dass sie lediglich Verpflichtungen des Staates begründen. Sie sind indes in der Regel als Konkretisierungen staatlicher Verpflichtungen zur Realisierung der in der KRK anerkannten Rechte zu verstehen.¹³

IV. Konventionsbestimmungen von besonderer Bedeutung

Im Weiteren werden einzelne Normen der KRK inhaltlich erläutert, die für die Themenfelder des Gesetzesentwurfs von zentraler Bedeutung sind. Auf diesen Ausführungen basierend wird anschließend auf einzelne Regelungen des Gesetzesentwurfes eingegangen.

1. Rechte gelten für jedes Kind bis zur Volljährigkeit, Art. 1 KRK

Als Menschenrechte gelten die in der Kinderrechtskonvention kodifizierten Rechte für alle Kinder. Kind im Sinne der Kinderrechtskonvention ist nach Art. 1 KRK ein Mensch, der das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat.¹⁴ Die Rechte der Kinderrechtskonvention gelten somit etwa für Minderjährige, die Asyl oder anderweitigen Schutz suchen, für Minderjährige mit Duldungsstatus und für Minderjährige ohne Papiere. Sie gelten mithin für jedes Kind, unabhängig davon, ob es die Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Aufenthalt nach nationalem Recht erfüllt.

2. Vorrang des Kindeswohls als umfassender Maßstab, Art. 3 Abs. 1 KRK

Art. 3 Abs. 1 KRK enthält die staatliche Verpflichtung, das Wohl des Kindes bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, als einen vorrangigen Gesichtspunkt zu berücksichtigen. Damit ist der Maßstab des Vorrangs des Kindeswohls - erstmals in einer Menschenrechtskonvention - umfassend verankert worden. Die öffentliche Gewalt wird durch diese Bestimmung umfassend gebunden: dies betrifft den Gesetzgeber genauso wie Gerichte und Behörden. Anknüpfungspunkt für ihre Geltung sind Maßnahmen, die Kinder betreffen. Der Maßstab des Vorrangs des Kindeswohls gilt also für alle Kinder, unabhängig vom Rechtsgebiet. Er hat demnach erhebliche Relevanz, wenn es um die Ausarbeitung und

¹² Siehe dazu genauer nachfolgend.

¹³ Siehe dazu genauer Cremer Hendrik, Die UN-Kinderrechtskonvention, Geltung und Anwendbarkeit in Deutschland nach der Rücknahme der Vorbehalte, 2. Auflage, Deutsches Institut für Menschenrechte (Hg.), Berlin 2012, S. 8 ff.

¹⁴ Es sei denn, die Volljährigkeit tritt nach dem auf ihn anzuwendenden Recht früher ein. In der Bundesrepublik Deutschland tritt die Volljährigkeit - auch für ausländische Kinder - mit der Vollendung des 18. Lebensjahres ein. Vgl. § 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).

Änderung von Gesetzen und anderen rechtlichen Bestimmungen in der deutschen Rechtsordnung geht, die Belange ausländischer Kinder berühren.¹⁵

a) Unterschiedliche Funktionen von Art. 3 Abs. 1 KRK innerhalb der KRK

Art. 3 Abs. 1 KRK kommt im Rahmen der Gewährleistung und Auslegung der in der KRK garantierten Rechte als auch bei der Abwägung kollidierender Rechtsgüter zentrale Bedeutung zu.¹⁶

Er spielt beispielsweise als Maßstab in der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Eingriffen in individualrechtliche Positionen des Kindes eine zentrale Rolle. Demnach muss dem Kindeswohl etwa bei aufenthaltsbeendenden Maßnahmen, die in das durch Art. 16 KRK geschützte Familienleben des Kindes eingreifen würden, indem sie Kinder von ihren Eltern trennen, im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung besondere Beachtung zukommen.¹⁷ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), dessen Rechtsprechung bindend ist, zieht im Rahmen von Art. 8 EMRK den Kindeswohlvorrang nach Art. 3 Abs. 1 KRK ebenso in seine Prüfung mit ein.¹⁸ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁹ ist dieser Maßstab, der sich im Kontext der KRK aus Art. 16 KRK ergibt, auch bei der Auslegung von Art. 6 GG zu beachten.

Darüber hinaus kann Art. 3 Abs. 1 KRK ebenso einen selbständigen Anwendungsbereich haben. Dies betrifft Lebenssachverhalte von Kindern, die nicht in den Schutzbereich der Konventionsrechte der spezielleren Bestimmungen im besonderen Teil der KRK (Art. 6-41 KRK) fallen.

b) Kindeswohl als Rechtsbegriff

Die KRK enthält keine Definition des Begriffs Kindeswohl. Dies hat nicht zur Folge, dass es den Gesetzgebern der Vertragsstaaten und den innerstaatlichen Rechtsanwendern freisteht, das Kindeswohl nach eigenem Ermessen zu bestimmen. Der Maßstab des Kindeswohls ist in einer Konvention verortet, die speziell auf selbständige Rechte des Kindes ausgerichtet ist. Der Begriff des Kindeswohls ist folglich so zu verstehen und auszulegen, dass er mit den sich aus der Konvention ergebenden Rechten in Einklang steht und ihre Realisierung fördert.²⁰

Das Kindeswohlprinzip verlangt Entscheidungen, die jedem konkreten Einzelfall gerecht werden. Die Bestimmung des Kindeswohls muss individuell erfolgen. Der Persönlichkeit des

¹⁵ Gleiches gilt für die Anwendung und Auslegung bestehender nationaler rechtlicher Regelungen. Vgl. Göbel-Zimmermann, Ralph, Die Rechtsstellung unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge unter besonderer Berücksichtigung des Flughafenverfahrens nach § 18a AsylVfG. InfAuslR 1995, S. 172; Menzel, Hans-Joachim Minderjährige Flüchtlinge zwischen völkerrechtlichem Kinderschutz und nationaler Ausländerabwehr, ZAR 1996, S. 23; Rittstieg, Helmut (1994): Anmerkung zu einem Beschluss des LG Hamburg vom 11.07.1994, InfAuslR, S. 364; Caroni, Martina, Privat- und Familienleben zwischen Menschenrecht und Migration, Berlin 1999, S. 73 ff.; Schweizerische Asylrekurskommission (ARK) U. v. 31.07.1998 (Grundsatzentscheid); Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission (EMARK), 1998/13, S. 84, 96 ff.

¹⁶ Siehe dazu genauer, Cremer, Hendrik, Kinderrechte und der Vorrang des Kindeswohls, Anwaltsblatt 4/2012, S. 327 ff.; Alston, Philip, The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights. in: Alston, Philip (Hg.), The Best Interests of the Child. Oxford 1994, S. 15 f.; Caroni, Martina, Privat- und Familienleben zwischen Menschenrecht und Migration, Berlin 1999, S. 74.

¹⁷ Caroni, Martina, Privat- und Familienleben zwischen Menschenrecht und Migration, Berlin 1999, S. 78 f., mit weiteren Nachweisen.

¹⁸ EGMR, Urteil v. 28.9.2011, Nr. 55587/09, Nunez vs. Norwegen, Ziffer 84, mit weiteren Nachweisen.

¹⁹ Siehe dazu Cremer, Hendrik, Kinderrechte und der Vorrang des Kindeswohls, Anwaltsblatt 4/2012, S. 327 ff.

²⁰ Dorsch, Gabriele, Die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, Berlin, 1994: S. 106 ff.; Alston, Philip, The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights. in: Alston, Philip (Hg.), The Best Interests of the Child. Oxford 1994, insbes. S. 15 f.

Kindes ist Rechnung zu tragen, sämtliche Lebensumstände und Bedürfnisse sind einzubeziehen und zu würdigen.²¹ Diese Vorgehensweise ist im Standard des Kindeswohls implizit enthalten und wird in der Konvention dadurch untermauert, dass das Kind nach Art. 12 KRK ein Recht hat, in allen Angelegenheiten und Verfahren, die es berühren, angehört zu werden.²² Einzubeziehende Faktoren, die sich auf das Wohl und die Entwicklung des Kindes auswirken können, sind etwa das Alter, die Reife, das Geschlecht, die physische und psychische Verfassung, die familiäre, soziale, finanzielle Situation oder der sprachliche Hintergrund des Kindes.

3. Art. 12 KRK: Das Recht des Kindes, gehört zu werden

Nach Art. 12 KRK hat ein Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht, diese Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten frei zu äußern. Dabei handelt es sich nicht nur um ein rein formales Recht des Kindes auf Gehör. Die Meinung des Kindes ist angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife zu berücksichtigen (Art. 12 Abs. 1 KRK).

Der Anwendungsbereich des Art. 12 KRK ist sehr weit reichend. Er gilt in sämtlichen Lebensbereichen und Rechtsgebieten.²³ Es gilt sowohl für Verfahren, die vom Kind in Gang gesetzt werden als auch für solche, die andere eingeleitet haben und Kinder berühren. Verfahren und Entscheidungen, bei denen Art. 12 KRK zu beachten ist, betreffen regelmäßig auch unbegleitete Minderjährige, etwa wenn es um ihre Betreuung außerhalb der Familie geht oder auch um aufenthaltsrechtliche Entscheidungen.²⁴

Art. 12 Abs. 2 KRK präzisiert das Recht dahingehend, dass die Gelegenheit, gehört zu werden, „in allen das Kind berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren“ gegeben sein muss, entweder unmittelbar oder durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle. Die Gelegenheit zur Stellungnahme durch eine Vertretung muss „im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften“ erfolgen, womit klargestellt wird, dass den Staaten Spielraum bei der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung des Rechts verbleibt. Dabei sind die Regeln eines fairen Verfahrens und das Kindeswohl zu beachten.²⁵

²¹ Vgl. etwa Schweizerische ARK, Urteil v. 31. 7. 1998 (Grundsatzentscheid), EMARK 1998/13, 84, 98 f.; Caroni, Martina, Privat- und Familienleben zwischen Menschenrecht und Migration, Berlin 1999, S. 74; Bramböck, Dagmar/Hutter, Ulrike M./Hagen, Johann J./Paumgartner, Erich, Wege zum kindzentrierten Verfahren - vom Verfahrensobjekt zum Verfahrenssubjekt, in: M. Rauch-Kallat/J. W. Pichler (Hg.), Entwicklungen in den Rechten der Kinder im Hinblick auf das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes, Wien 1994, S. 263; UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, General Comment No. 6 (2005), Treatment of unaccompanied and separated Children outside their Country of origin, UN-Dokument: CRC/GC/2005/6 vom 1. September 2005, Ziffer 20.

²² Dass die Perspektive des Kindes bei der Bestimmung des Kindeswohls eine bedeutende Rolle spielt, wird auch im englischen Vertragstext der KRK deutlich, der hier den Begriff „best interests of the child“ verwendet. Dies ist insofern von Relevanz, als die amtliche deutsche Übersetzung, die diesen Begriff mit „Wohl des Kindes“ übersetzt, im Gegensatz zum englischen Vertragstext nicht verbindlich ist (Art. 54 KRK).

²³ UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes General Comment No. 12 (2009), The right of the child to be heard, UN-Dokument: CRC/C/GC/12 vom 20. Juli 2009, Ziffer 26 f.

²⁴ Vgl. UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, General Comment No. 12, The right of the child to be heard, UN-Dokument: CRC/C/GC/12 vom 20. Juli 2009, Ziffer 89 ff.; UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, General Comment No. 6, Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, CRC/GC/2005/6, 1. September 2005, Ziffer 25. Es sei noch angemerkt, dass Art. 12 KRK keine Pflicht, sondern allein ein Recht des Kindes beinhaltet. Bei der Vertretung des Kindes ist grundsätzlich darauf zu achten, dass Art. 12 KRK im Interesse des Kindes geltend gemacht wird.

²⁵ Vgl. UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, General Comment No. 12, The right of the child to be heard, UN-Dokument CRC/C/GC/12 vom 20. Juli 2009, Ziffer 38 f.

Art. 12 KRK bringt einen grundlegenden Wandel im Verständnis des Kindes zum Ausdruck: es ist anzuhören, ernst zu nehmen und an Entscheidungen zu beteiligen.²⁶ Zugleich hat Art. 12 KRK erhebliche Konsequenzen für das Verständnis und die Bestimmung des Kindeswohls im Einzelfall. Das Kindeswohlprinzip der KRK und Art. 12 der Konvention stehen in einem unmittelbaren Zusammenhang.²⁷ Um die individuelle Lage und das Kindeswohl im Einzelfall ermitteln zu können, können Kinder wichtige Informationen, Sichtweisen und Erfahrungen beisteuern, die bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen sind. Ihr Aussagen können von entscheidender Bedeutung sein.

4. Der Anspruch des unbegleiteten Kindes auf besonderen Schutz und Beistand des Staates, Art. 20 KRK

Von zentraler Bedeutung für unbegleitete Kinder ist Art. 20 KRK. Die amtliche deutsche Übersetzung des Art. 20 KRK lautet²⁸:

- (1) Ein Kind, das vorübergehend oder dauernd aus seiner familiären Umgebung herausgelöst wird oder dem der Verbleib in dieser Umgebung im eigenen Interesse nicht gestattet werden kann, hat Anspruch auf den besonderen Schutz und Beistand des Staates.
- (2) Die Vertragsstaaten stellen nach Maßgabe ihres innerstaatlichen Rechts andere Formen der Betreuung eines solchen Kindes sicher.
- (3) Als andere Form der Betreuung kommt unter anderem die Aufnahme in eine Pflegefamilie, die Kafala nach islamischem Recht, die Adoption oder, falls erforderlich, die Unterbringung in einer geeigneten Kinderbetreuungseinrichtung in Betracht. Bei der Wahl zwischen diesen Lösungen sind die erwünschte Kontinuität in der Erziehung des Kindes sowie die ethnische, religiöse, kulturelle und sprachliche Herkunft des Kindes gebührend zu berücksichtigen.

²⁶ UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, General Comment No. 12, The right of the child to be heard, UN-Dokument CRC/C/GC/12 vom 20. Juli 2009, Ziffer 1 f.

²⁷ Bramböck, Dagmar/Hutter, Ulrike M./Hagen, Johann J./Paumgartner, Erich, Wege zum kindzentrierten Verfahren - vom Verfahrensobjekt zum Verfahrenssubjekt, in: M. Rauch-Kallat/J. W. Pichler (Hg.), Entwicklungen in den Rechten der Kinder im Hinblick auf das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes, Wien 1994, S. 247. ff.; UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, General Comment No. 12, The right of the child to be heard, UN-Dokument: CRC/C/GC/12 vom 20. Juli 2009, Ziffer 70 ff.

²⁸ In der authentischen englischen Fassung des Vertragstextes:

- (1) A child temporarily or permanently deprived of his or her family environment, or in whose own best interests cannot be allowed to remain in that environment, shall be entitled to special protection and assistance provided by the State.
- (2) States Parties shall in accordance with their national laws ensure alternative care for such a child.
- (3) Such care could include, inter alia, foster placement, kafalah of Islamic law, adoption or if necessary placement in suitable institutions for the care of children. When considering solutions, due regard shall be paid to the desirability of continuity in a child's upbringing and to the child's ethnic, religious, cultural and linguistic background.

In authentischer französischer Fassung:

- (1) Tout enfant qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial, ou qui dans son propre intérêt ne peut être laissé dans ce milieu, a droit à une protection et une aide spéciales de l'Etat.
- (2) Les Etats parties prévoient pour cet enfant une protection de remplacement conforme à leur législation nationale.
- (3) Cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme du placement dans une famille, de la kafalah de droit islamique, de l'adoption ou, en cas de nécessité, du placement dans un établissement pour enfants approprié. Dans le choix entre ces solutions, il est dûment tenu compte de la nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique.

Weitere authentische Fassungen existieren in arabischer, chinesischer, russischer und spanischer Sprache. Vgl. Art. 54 KRK.

a) Art. 20 KRK begründet ein Recht auf alternative Ersatzbetreuung zum Wohl des Kindes

Art. 20 KRK begründet ein Recht auf alternative Ersatzbetreuung zum Wohl des Kindes. Art. 20 KRK hat entsprechend der Grundsatznorm des Art. 2 Abs. 1 KRK individualrechtlichen Charakter. Der Anspruchscharakter der Norm ist ausdrücklich und unbedingt formuliert (Abs. 1). Der Inhalt der Norm wird in den Absätzen 2 und 3 konkretisiert. Ausgangspunkt des Rechtsanspruchs ist - wie im Falle des deutschen § 42 SGB VIII (KJHG) - eine konkrete Notsituation des Kindes.

Das Recht gilt für jedes Kind (Art. 1 KRK), welches sich vorübergehend oder dauerhaft in einer Situation ohne familiären Schutz befindet und daher auf alternative Ersatzbetreuung angewiesen ist (Art. 20 Abs. 1 KRK).²⁹ Für unbegleitete Minderjährige, die einen Flüchtlingsstatus oder Schutz nach internationalem oder nationalem (Asyl-)Recht begehren oder erfolgreich erhalten, stellt Art. 22 Abs. 2 KRK zudem explizit klar, dass Art. 20 KRK auch für sie gilt.³⁰

In Bezug auf die Sicherstellung alternativer Betreuungsformen bleibt dem Staat zwar ein Handlungsspielraum hinsichtlich der Art der Betreuungsformen (Abs. 3 S. 1) wie auch ihrer Ausgestaltung (Abs. 2), nicht aber hinsichtlich der Sicherstellung selbst (Abs. 2).

aa) Anspruch auf Unterbringung in einer geeigneten Kinderbetreuungseinrichtung als Mindestgarantie

Art. 20 Abs. 3, S. 1 KRK enthält die Wertung, dass bei den dort genannten Formen der Betreuung die Aufnahme in eine Pflegefamilie, die Kafala nach islamischem Recht und die Adoption vorrangig gegenüber der Unterbringung in einer geeigneten Kinderbetreuungseinrichtung in Betracht zu ziehen sind.³¹ Die Unterbringung in einer Kinderbetreuungseinrichtung ist keine gleichwertige Alternative zu anderen Betreuungsformen, sondern eine ausdrücklich subsidiäre Lösung. Nur „falls erforderlich“³², ist die Unterbringung in einer geeigneten Kinderbetreuungseinrichtung als mögliche Lösung in Betracht zu ziehen.³³ Als subsidiäre Lösung neben anderen Betreuungsformen und damit zugleich als Mindestgarantie begründet Art. 20 KRK einen Anspruch auf Betreuung und Unterbringung in einer geeigneten Kinderbetreuungseinrichtung. Die Betreuung in geeigneten Kinderbetreuungseinrichtungen muss der Staat nach Art. 20 KRK garantieren.

²⁹ Siehe genauer zum Kreis der Begünstigten des Art. 20 KRK, Cremer, Hendrik, Der Anspruch des unbegleiteten Kindes auf Betreuung und Unterbringung nach Art. 20 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes. Seine Geltung und Anwendbarkeit in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 2006, S. 108 ff.

³⁰ Siehe dazu genauer Cremer, Hendrik, ebd., S. 114 ff.

³¹ Die Vorrangigkeit familiärer Ersatzbetreuung in Art. 20 KRK geht auf die Ergebnisse einer Expertenkommission anlässlich der „UN Declaration on Social and Legal Principles relating to the Protection and Welfare of Children, with Special Reference to Foster Placement and Adoption Nationally and Internationally“, A/RES/41/85 vom 3. 12. 1986, zurück. Die Erklärung spricht sich ebenso vorrangig für familiäre Ersatzbetreuung aus, der Vorzug vor der Heimunterbringung zu geben sei. In Art. 4 der Erklärung heißt es: „When care by the child’s own parents is unavailable or inappropriate, care by relatives of the child’s parents, by another substitute - foster or adoptive - family or, if necessary, by an appropriate institution should be considered.“ Vgl. dazu genauer Steinbock, Daniel, Unaccompanied Refugee Children in Host Country Foster Families, IJRL 1996, S. 12 f.; Dorsch, Gabriele, Die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, Berlin 1994, S. 201 und S. 42.

³² Art. 20 Abs. 3, S. 1 KRK.

³³ Ebenso Dorsch, Gabriele, Die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, Berlin 1994, S. 200 ff.; Detrick, Sharon, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, The Hague 1999, S. 335 f.

bb) Kindeswohl entscheidendes Kriterium im Einzelfall

Abs. 3 S. 2 nennt des Weiteren Gesichtspunkte, die bei jeder Einzelentscheidung einzubeziehen sind. Dass das Kindeswohl nach Art. 20 KRK letztlich das übergeordnete Kriterium der Entscheidung im Einzelfall ist, liegt nach Ziel und Zweck der Norm im systematischen Kontext der Konvention angesichts der Querschnittsklausel des Art. 3 Abs. 1 KRK auf der Hand.³⁴

b) Einordnung des Art. 20 KRK im Kontext der deutschen Kinder- und Jugendhilfe und des Vorrangs der Elternrechte

Die Begünstigten des Art. 20 KRK haben - § 42 SGB VIII entsprechend - einen eigenen Rechtsanspruch auf Betreuung und Unterbringung. Die Unterbringung eines Minderjährigen gemäß § 42 SGB VIII erfolgt allerdings nur vorläufig; anschließend ist sie im Rahmen der Hilfe zur Erziehung (§ 27 ff. SGB VIII) vorgesehen.

Anders als bei der Inobhutnahme ist hier umstritten, ob für die Minderjährigen selbst ein Rechtsanspruch auf Betreuung und Erziehung besteht.³⁵ Nach der Grundnorm zur Regelung der Hilfe zur Erziehung (§ 27 SGB VIII) ist lediglich der Personenberechtigte anspruchsberechtigt.³⁶

Die Begünstigten des Art. 20 KRK haben - unabhängig von der Regelung in § 27 SGB VIII - einen aus Völkerrecht erwachsenden selbständigen Anspruch auf Betreuungs- und Erziehungsleistungen zum Wohl des Kindes. Aus diesem Rechtsanspruch folgt, dass ihnen die entsprechenden Jugendhilfeleistungen, die im Rahmen der Hilfe zur Erziehung vorgesehen sind, selbst zustehen.³⁷

Verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf den Vorrang des elterlichen Sorge- und Erziehungsrechtes nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ergeben sich daraus nicht. Die Rechte der Eltern stehen der Zuerkennung eines eigenständigen Anspruchs von Kindern und Jugendlichen auf Betreuung und Erziehung nicht entgegen.³⁸ Auch die Kinderrechtskonvention räumt dem elterlichen Sorge- und Erziehungsrecht grundsätzlich Vorrang ein.³⁹

Zudem gilt Art. 20 KRK für Fälle, in denen das staatliche Wächteramt nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG berührt und damit der Interventionsbereich des Staates aus Gründen des Kindeswohls

³⁴ Auch die travaux préparatoires zu Art. 20 KRK bestätigen, dass die Unterbringung zum Wohl des Kindes zu erfolgen hat. Vgl. dazu Dorsch, Die Konvention über die Rechte des Kindes, S. 200; Steinbock, Daniel, Unaccompanied Refugee Children in Host Country Foster Families, IJRL 1996, S. 28; Detrick, Sharon, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, The Hague 1999, S. 337.

³⁵ Siehe dazu genauer Mündler, Johannes u. a., Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, Kinder- und Jugendhilfe. 5. Auflage. München 2006, § 1, Rdnr. 1 ff.

³⁶ § 27 SGB VIII enthält seiner Konstruktion nach einheitliche Tatbestandsvoraussetzungen für unterschiedliche Hilfeformen. Anspruch auf Hilfe zur Erziehung besteht, wenn eine dem Wohl des Kindes oder des Jugendlichen entsprechende Erziehung nicht gewährleistet und Hilfestellung in Form der Hilfe zur Erziehung für die Entwicklung des Leistungsempfängers geeignet und notwendig ist (§ 27 Abs. 1 SGB VIII). Die Konstruktion des § 27 SGB VIII und die Tatsache, dass er keinen Anspruch des Kindes oder Jugendlichen normiert, wurde bereits vielfach kritisiert, siehe etwa Mrozynski, Peter, Der Rechtsanspruch auf Leistungen im Kinder- und Jugendhilferecht, Zentralblatt für Jugendrecht (ZfJ), S. 406 f. und S. 410.

³⁷ Siehe dazu genauer Cremer Hendrik, Die UN-Kinderrechtskonvention, Geltung und Anwendbarkeit in Deutschland nach der Rücknahme der Vorbehalte, 2. Auflage, Deutsches Institut für Menschenrechte (Hg.), Berlin 2012, S. 22 ff., m. w. N.

³⁸ Siehe dazu etwa Mrozynski, Peter, Der Rechtsanspruch auf Leistungen im Kinder- und Jugendhilferecht, Zentralblatt für Jugendrecht (ZfJ), S. 403 ff.

³⁹ Siehe Art. 18 Abs. 1 KRK und Art. 9 Abs. 1 KRK.

tangiert ist. Bereits an einer Kollision mit Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG fehlt es, wenn die Eltern tot, unbekannt, nicht erreichbar oder unauffindbar sind oder ihr Einverständnis zur Gewährleistung staatlicher Erziehungsleistung geben. Auch für solche Fälle begründet Art. 20 KRK ein subjektives Recht des Kindes auf Betreuungs- und Erziehungsleistung.⁴⁰

V. Zu einzelnen Regelungen des Gesetzesentwurfs

Im Weiteren wird auf Anwendungsbereiche der KRK eingegangen, die Gegenstand des Gesetzesentwurfs sind. Insbesondere aus Art. 20 KRK ergeben sich zahlreiche Rechtsfolgen, die für unbegleitete Minderjährige von erheblicher Bedeutung sind.

1. Zurückweisungsverbot unbegleiteter Minderjähriger an der Grenze, Art. 20 KRK Zu Artikel 2 Nummer 2

Der Gesetzesentwurf setzt mit dem Verbot der Zurückweisung unbegleiteter Minderjähriger eine aus Art. 20 KRK resultierende Verpflichtung um. So ist es mit Art. 20 KRK unvereinbar, ein unbegleitetes Kind an der Grenze zurückzuweisen.

a) Geltung von Art. 20 KRK an der Grenze, Art. 2 Abs. 1 KRK

Staatliches Handeln an der Grenze unterliegt den Bindungen des Art. 20 KRK. Die Vertragsstaaten haben Handlungs- und Unterlassungspflichten, die aus Art. 20 KRK resultieren, unbegleiteten Kindern gegenüber an der Grenze zu beachten.

Der räumliche Geltungsbereich der KRK erstreckt sich nach Art. 2 Abs. 1 KRK auf jedes der Hoheitsgewalt eines Vertragsstaates unterliegende Kind. Für den Geltungsbereich der Konvention kann es schon dem Wortlaut nach nicht auf den Aufenthaltsort des Kindes ankommen. Entscheidend ist damit nicht, ob sich das Kind auf dem Hoheitsgebiet des Staates befindet, sondern ob es der Hoheitsgewalt des jeweiligen Vertragsstaates unterliegt.⁴¹ Diese Regelung des räumlichen Geltungsbereichs der KRK wurde in den Beratungen zur Ausarbeitung des Konventionstextes mit dem Hinweis auf die entsprechende Formulierung in der EMRK⁴² ausdrücklich unterstützt.⁴³ Für den völkerrechtlichen Schutz des Art. 20 KRK reicht es demnach aus, dass das zu schützende Kind der Hoheitsgewalt des Vertragsstaates unterliegt.

Art. 20 KRK erfasst damit die konkrete Notsituation eines unbegleiteten Kindes an der Grenze. Denn im Fall einer Zurückweisung würde ein unbegleitetes Kind aufgrund seiner aktuellen Lebenssituation sich selbst überlassen bleiben. Die Zurückweisung eines unbegleiteten Kindes stellt folglich eine Verweigerung des Anspruchs aus Art. 20 KRK dar. Die aus dem Anspruch des Art. 20 KRK korrespondierende Pflicht des Staates zur Betreuung und Unterbringung eines unbegleiteten Kindes steht daher in einem unabdingbaren Zusammenhang zur Gestattung der Einreise. Dem Anspruch auf alternative Ersatzbetreuung ist die Verpflichtung zur Gestattung der Einreise eines unbegleiteten Kindes immanent.⁴⁴

⁴⁰ Bei der Ausübung des Art. 20 KRK hat ein dem Minderjährigen zu bestellender Vormund das Kind in einer seiner Entwicklung entsprechenden Weise angemessen zu leiten und zu führen. Vgl. Art. 5 und Art. 18 Abs. 2 KRK.

⁴¹ Detrick, Sharon, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, The Hague 1999, S. 70 f.

⁴² In Art. 1 EMRK lautet es: „... allen ihrer Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen...“

⁴³ UN-Dokument E/CN.4/1989/48, para. 162-163, zitiert nach Detrick, Sharon, The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the „Travaux Préparatoires“, Dordrecht 1992, S. 147.

⁴⁴ Siehe genauer Cremer, Hendrik, Der Anspruch des unbegleiteten Kindes auf Betreuung und Unterbringung nach Art. 20 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes. Seine Geltung und Anwendbarkeit in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland, Baden- Baden 2006, S. 159, mit weiteren Nachweisen; ebenso UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, General Comment No. 6,

b) Art. 20 KRK im Spannungsfeld von Menschenrechtsschutz und staatlicher Zuwanderungskontrolle

In einem Spannungsverhältnis zu dieser Feststellung steht die Tatsache, dass die Regelung der Einreise, des Aufenthaltes wie auch der Beendigung des Aufenthaltes von Nicht-Staatsangehörigen nach allgemeinem Völkerrecht grundsätzlich zu demjenigen Bereich gehört, der den Staaten kraft ihrer Souveränität zur freien Regelung zusteht. Wird ein Kind durch restriktive Einreisebestimmungen oder durch eine aufenthaltsbeendende Maßnahme in seinem Anspruch auf alternative Ersatzbetreuung aus Art. 20 KRK beeinträchtigt, kollidieren folglich zwei antagonistische Grundsätze. Einerseits hat ein unbegleitetes Kind einen Anspruch auf alternative Ersatzbetreuung, andererseits räumt das Prinzip der Souveränität den Staaten das Recht ein, Einreise, Aufenthalt und Beendigung des Aufenthaltes von Nicht-Staatsangehörigen autonom zu regeln.

Der Umfang der Souveränität eines Staates auf diesem Gebiet bestimmt sich aufgrund des Völkerrechts und kann daher, zumal es einer fortschreitenden Entwicklung unterliegt, nicht endgültig und ein für alle Mal umrissen werden. Die in die ausschließliche Zuständigkeit der Staaten fallenden Bereiche bestimmen sich vielmehr aufgrund der dem jeweiligen Staat obliegenden völkerrechtlichen Verpflichtungen. Denn mit der Ratifikation eines völkerrechtlichen Vertrages stimmt ein Staat auch der Einschränkung ihm kraft seiner Souveränität zukommenden Befugnisse zu. So resultieren aus der Genfer Flüchtlingskonvention⁴⁵ wie auch aus anderen Menschenrechtsverträgen völkerrechtliche Verpflichtungen, die der staatlichen Souveränität bei der Entscheidung über die Gestattung der Einreise und der Beendigung des Aufenthaltes von Ausländern Grenzen zieht.⁴⁶

Neben dem Refoulement-Verbot aus der Genfer Flüchtlingskonvention ist hier beispielsweise Art. 3 EMRK zu erwähnen. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 3 EMRK liegt eine verbotene Zurückweisung oder Abschiebung vor, wenn die betroffene Person einem tatsächlichen Risiko einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung im Aufnahmeland ausgesetzt ist. Darüber hinaus kann auch die Durchführung der Zurückweisung oder Abschiebung eine nach Art. 3 EMRK verbotene Behandlung begründen.⁴⁷ Daneben sind insbesondere das Privat- und Familienleben schützende Normen zu erwähnen, welche die staatliche Souveränität zu beschränken vermögen.⁴⁸ Zu nennen ist hier etwa Art. 17 IPbPR. Von herausragender Bedeutung auf europäischer Ebene für den Schutz des Privat- und Familienlebens im Rahmen des Aufenthaltsrechts ist Art. 8 EMRK.⁴⁹

Die KRK beinhaltet zwar kein generelles Recht auf Einreise oder Aufenthalt in einem bestimmten Staat. Daraus können aber keine einseitigen Schlussfolgerungen gezogen werden. Weder der IPbPR oder die EMRK greifen solche Fragen explizit auf, nicht einmal die Genfer Flüchtlingskonvention.

Die Vertragsstaaten der KRK können sich folglich nicht auf einen generellen Vorrang nationaler Einreise- oder Aufenthaltsbestimmungen berufen. Aufenthaltsrechtliche Konsequenzen können sich implizit aus dem materiell-rechtlichen Gehalt einzelner Bestimmungen der Konvention ergeben.

Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, UN-Dokument CRC/GC/2005/6 vom 01.09.2005, Ziffer 20.

⁴⁵ Art. 33 GFK (Refoulement-Verbot)

⁴⁶ Siehe etwa Hailbronner, Kay, Der Staat und der Einzelne als Völkerrechtssubjekte, in: Graf Vitzthum, Wolfgang (Hrsg.), Völkerrecht, 2. Auflage, Berlin 2001, Rn. 293 ff.

⁴⁷ EGMR, Urteil vom 28. 11. 1996, InfAusIR 1998, 97, 99 f. - Nsona.

⁴⁸ Siehe dazu genauer Caroni, Martina, Privat- und Familienleben zwischen Menschenrecht und Migration, Berlin 1999, S. 60 ff.

⁴⁹ Siehe etwa EGMR, Urteil vom 18. 2. 1991, EuGRZ 1993, 552, 554.

c) Souveränität der Vertragsstaaten durch Art. 20 KRK eingeschränkt

Art. 20 KRK lässt den Vertragsstaaten folglich keinen Raum, die Zurückweisung eines unbegleiteten Minderjährigen an der Grenze zu rechtfertigen. Was eine mögliche Argumentation der Vertragsstaaten betrifft, Nicht-Staatsangehörigen die Einreise kraft ihrer Souveränität aufgrund allgemeinen Völkerrechts verweigern zu können, so ist dem entgegenzuhalten, dass der Anspruch des Art. 20 KRK diesen Grundsatz hinsichtlich unbegleiteter Kinder als spezielle Vertragsrechtsnorm verdrängt und daher vorgeht.

Mit Ratifikation der KRK hat der jeweilige Vertragsstaat auch der Einschränkung der ihm kraft seiner Souveränität zukommenden Befugnisse zugestimmt. So enthält die KRK auch keine Regelung, nach der nationale Einreise- oder Aufenthaltsvorschriften Vorrang haben. Der enge Begünstigtenkreis des Art. 20 KRK, der sich auf Kinder in einer konkreten Notsituation bezieht, hat daher zur Folge, dass sich die Zurückweisung als Verweigerung des Anspruchs darstellt, der sich mit der Souveränität der Staaten nicht rechtfertigen lässt. Einem unbegleiteten Kind darf, auch wenn es die staatlichen Einreisebedingungen nicht erfüllt, etwa weil er oder sie über keine Reisedokumente (Pass), kein Visum (Sichtvermerk) oder keine ausreichenden Mittel zum Unterhalt verfügt, die Einreise nicht verweigert werden.⁵⁰ Sobald ein Kind an der Grenze als unbegleitet identifiziert worden ist,⁵¹ ist es daher unverzüglich nach Art. 20 KRK unterzubringen.

2. Keine Ausgrenzung 16- und 17-jähriger unbegleiteter Minderjähriger aus der Kinder- und Jugendhilfe

16- und 17-jährige unbegleitete Minderjährige werden in der Praxis regelmäßig in Unterkünften für erwachsene Asylbewerber, in Aufnahmeeinrichtungen und Gemeinschaftsunterkünften, untergebracht. Der Gesetzesentwurf sieht demgegenüber Gesetzesänderungen im Asylverfahrensgesetz, Aufenthaltsgesetz und im SGB VIII (Kinder- und Jugendhilfe) vor, die verhindern sollen, dass 16- und 17-Jährige aus der Kinder- und Jugendhilfe ausgegrenzt werden. Damit setzt der Gesetzesentwurf eine weitere aus Art. 20 KRK resultierende Verpflichtung um.

Es verstößt gegen Art. 20 KRK, einem Minderjährigen den Zugang zur Unterbringung nach der Kinder- und Jugendhilfe (SGB VIII) zu verwehren und ihn in Asylbewerberunterkünften unterzubringen. Art. 20 KRK hat uneingeschränkte Geltung für unbegleitete ausländische Minderjährige, so dass sie im Rahmen der Kinder- und Jugendhilfe unterzubringen sind. Unter dem Begriff der geeigneten Kinderbetreuungseinrichtung im Sinne des Art. 20 KRK sind in der deutschen Rechtsordnung grundsätzlich alle nach der Kinder- und Jugendhilfe geeigneten Formen stationären und betreuten Wohnens zu verstehen.⁵² Asylbewerberunterkünfte fallen nicht darunter; es handelt sich dabei weder um Kinderbetreuungseinrichtungen noch sind sie zur Unterbringung von Kindern geeignet. Bei der Unterbringung in Asylbewerberunterkünften findet das Kindeswohl keine Beachtung,

⁵⁰ Etwas anderes kann etwa dann gelten, wenn es sich bei dem Kind um einen kindlichen Ausreißer aus dem Nachbarstaat handelt, das der Grenzbehörde als solcher bekannt ist, das man unverzüglich von den Eltern abholen lässt oder nach Hause schickt.

⁵¹ Dem Kindeswohlmaßstab des Art. 20 KRK ist die Ermittlung des Sachverhaltes von Amts wegen immanent. Der Amtsermittlungsgrundsatz gilt folglich auch an Grenze. Die Vertragsstaaten haben daher zu ermitteln, ob es sich bei der Person, die sie zurückzuweisen beabsichtigen, um ein unbegleitetes Kind handelt, für das Art. 20 KRK gilt.

⁵² Wesentlich ist demnach, dass die Einrichtungen über Betriebsgenehmigungen nach der Kinder- und Jugendhilfe verfügen. Bei der Erteilung von Betriebsgenehmigungen hat die Sicherstellung des Kindeswohls eine zentrale Rolle zu spielen.

vielmehr können aus dieser Art der Unterbringung erhebliche Gefahren für das Kindeswohl resultieren.⁵³

3. Aufenthalts- und asylrechtliche Verfahrensfähigkeit, Vormund- und Ergänzungspflegschaft

Unbegleitete Minderjährige werden in der Praxis regelmäßig in sie belastende Asylverfahren gedrängt, unabhängig davon ob sie Aussicht auf Erfolg haben. Dabei werden sie in asylrechtlichen Verfahren - wie auch in Verfahren nach dem Aufenthaltsgesetz - bereits ab dem 16. Lebensjahr wie Erwachsene behandelt. Sofern sie das 16. Lebensjahr vollendet haben oder ihre Alter entsprechend eingeschätzt wird, gelten sie gemäß § 12 Asylverfahrensgesetz respektive § 80 Aufenthaltsgesetz in asyl- und aufenthaltsrechtlichen Verfahren als verfahrensfähig.

Die minderjährige Person kann und muss demnach alle notwendigen Handlungen in asyl- und aufenthaltsrechtlichen Verfahren vornehmen. Dabei ist es für unbegleitete Minderjährige im Vergleich zu Erwachsenen altersbedingt grundsätzlich schwerer, ein Asylverfahren zu betreiben, asylrelevante Fluchtgründe oder andere Abschiebungshindernisse glaubhaft zu machen. Die Minderjährigen sind häufig überfordert, oft fehlt ihnen das Verständnis oder Wissen, worauf es in den Verfahren ankommt.

Diese Jugendlichen müssen Asylverfahren, in denen schon Erwachsene wegen der Kompliziertheit, der Sprachschwierigkeiten und auch kurzer Rechtsmittelfristen ohne rechtlichen Beistand regelmäßig überfordert sind und in denen es um hochrangige Rechtsgüter geht, ohne vormundschaftliche Vertretung, ohne juristischen Beistand oder sonstige persönliche Betreuung führen.

Gerade die Unkenntnis, Unerfahrenheit und Anleitungsbedürftigkeit unbegleiteter Minderjähriger kann dazu führen, dass sie sich in asyl- und aufenthaltsrechtlichen Verfahren nach zweifelhaften Ratschlägen ihrer Eltern, Fluchthelfer oder sonstiger Personen richten. Auch Versuche von Eltern, ihren ins Ausland geschickten Kindern durch Notlügen die Angst um ihre zurückbleibenden Angehörigen zu nehmen, können fatale Konsequenzen für den Ausgang eines asyl- oder aufenthaltsrechtlichen Verfahrens haben.

Der Gesetzesentwurf greift diese Problematik auf und sieht entsprechende Gesetzesänderungen im Asylverfahrensgesetz, im Aufenthaltsgesetz und im SGB VIII (Kinder- und Jugendhilfe) vor, mit denen weitere Verpflichtungen aus der KRK umgesetzt würden.

Es versteht sich im Grund von selbst, dass unbegleiteten Minderjährigen nach der KRK ein Vormund zu bestellen ist, der das Kind in allen rechtlich relevanten Angelegenheiten vertritt. Er hat schließlich nach Art. 20 Abs. 1 KRK „Anspruch auf den besonderen Schutz und Beistand des Staates“. Die KRK geht dementsprechend davon aus, dass ein Kind einen Vormund hat, sofern es nicht durch seine Eltern vertreten wird (Art. 18 Abs. 2 KRK).⁵⁴

Sobald ein Minderjähriger als unbegleitet identifiziert ist, ist ihm folglich ein Vormund zu bestellen. Die Vormundschaft ist solange aufrechterhalten, bis das Kind entweder die Volljährigkeit erreicht hat oder das Hoheitsgebiet des Staates im Einklang mit dem Übereinkommen und anderen internationalen Abkommen endgültig verlassen hat. Der Vormund sollte nicht nur über sämtliche Kompetenzen verfügen, die für die Vertretung erforderlich sind; ihm ist ebenso das Recht und die Möglichkeit einzuräumen bei allen

⁵³ Siehe dazu genauer Cremer Hendrik, Der Anspruch des unbegleiteten Kindes auf Betreuung und Unterbringung nach Art. 20 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes. Seine Geltung und Anwendbarkeit in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland, Baden- Baden 2006, S. 68 ff.

⁵⁴ Siehe ebenso UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, General Comment No. 6, Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, UN-Dokument CRC/GC/2005/6 vom 01.09. 2005, Ziffer 33.

Entscheidungsfindungen zugegen zu sein, unter anderem bei Anhörungen zur Frage des Aufenthaltsstatus und in Klageverfahren, in Fragen der Betreuung und allen Bemühungen zur Herbeiführung einer dauerhaften Lösung.⁵⁵ In Fällen, in denen Kinder in ein Asylverfahren oder andere Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren eingebunden sind, sollte gewährleistet sein, dass sie neben dem Vormund einen Rechtsbeistand haben.⁵⁶

4. „Altersfeststellung“

Zu Artikel 3 Nr. 3 und 4

Der Gesetzesentwurf genügt den Anforderungen der KRK nicht, sofern er Gesetzesänderungen vorsieht, welche die „Feststellung“ des Alters eines unbegleiteten Minderjährigen betreffen.

Altersschätzungen sollten grundsätzlich nicht in der Zuständigkeit von Ausländerbehörden liegen. Die Mitarbeitenden in Ausländerbehörden verfügen von ihrer Ausbildung her nicht über dazu erforderlichen Kompetenzen. Im Übrigen sollte der Gesetzgeber medizinische Untersuchungen, die dem Zweck der Altersschätzung von unbegleiteten Minderjährigen dienen - wie etwa das Röntgen von Handwurzelknochen - grundsätzlich untersagen. Solche Untersuchungen sind wissenschaftlich nicht nur höchst umstritten und mit großen Unsicherheiten behaftet; sie sind auch nicht mit Art. 3 Abs. 1 KRK in Einklang zu bringen. Demensprechend hat sich der Deutsche Ärztetag die Praxis solcher Untersuchungen bereits mehrfach scharf kritisiert.

So hat etwa der 110. Deutsche Ärztetag im Jahr 2007 beschlossen, dass er „jegliche Beteiligung“ von Ärztinnen und Ärzten zur Feststellung des Alters von Ausländern „mit aller Entschiedenheit“ ablehnt. In der Begründung hat er dazu ausgeführt, dass eine Beteiligung von Ärztinnen und Ärzten mit dem Berufsrecht nicht vereinbar sei, da es sich dabei weder um eine Maßnahme zur Verhinderung noch um die Therapie einer Erkrankung handele. Bei der Altersfeststellung kämen in der Regel Röntgenstrahlen zum Einsatz, die potentiell gefährlich sind und nur nach strenger medizinischer Indikationsstellung (Röntgenverordnung) angewandt werden dürften. Außerdem sei die Altersfeststellung durch Röntgen der Handwurzelknochen von Jugendlichen wissenschaftlich höchst umstritten und sollte daher „auf keinen Fall“ angewandt werden.⁵⁷ Und der 113. Deutsche Ärztetag im Jahr 2010 hielt fest: „Aufgrund mehrfacher, weiterer Altersfeststellungen bei minderjährigen Flüchtlingen durch Röntgen der Handwurzelknochen wird nochmals an die Ärztetagsbeschlüsse von 1995 und 2007 erinnert. Danach ist die Beteiligung von Ärztinnen und Ärzten zur Feststellung des Alters mit aller Entschiedenheit abzulehnen.“⁵⁸

Der UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes hat diesbezüglich ausgeführt,⁵⁹ dass bei der Einschätzung des Alters nicht nur dem äußeren Erscheinungsbild des Kindes Beachtung geschenkt werden sollte, sondern auch dessen psychischer Reife. Zudem sei eine Alterseinschätzung in einer Art und Weise durchzuführen, die wissenschaftlich fundiert ist und in einem das Kind schützenden Rahmen; es sollte ein faires Verfahren sein, das kindgerecht ist und das Geschlecht des Kindes angemessen berücksichtigt, das jedes Risiko

⁵⁵ UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, General Comment No. 6, Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, UN-Dokument CRC/GC/2005/6 vom 01.09.2005, Ziffer 33.

⁵⁶ UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, General Comment No. 6, Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, UN-Dokument CRC/GC/2005/6 vom 01.09.2005, Ziffer 36. Der UN-Ausschuss spricht hier von „legal representation“, a.a.O.

⁵⁷ Beschlussprotokoll des 110. Deutschen Ärztetages vom 15.-18.05.2007 in Münster, S. 80.

⁵⁸ Beschlussprotokoll des 113. Deutschen Ärztetages vom 11.-14.05.2010 in Dresden, S. 110.

⁵⁹ UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, General Comment No. 6, Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, UN-Dokument CRC/GC/2005/6 vom 01.09.2005, Ziffer 31 (1).

für die körperliche und seelische Unversehrtheit des Kindes meidet und seine Würde gebührend achtet. Im Falle von verbleibenden Zweifeln sollte zugunsten des Betroffenen entschieden werden.

5. Kein Festhalten in Transitbereichen zwecks Durchführung eines Asylverfahrens (Flughafenverfahren)

Zu Artikel 3 Nummer 5

Der Gesetzesentwurf sieht vor, unbegleitete Minderjährige vom so genannten Flughafenverfahren gemäß § 18a Asylverfahrensgesetz auszunehmen und setzt damit bestehende Verpflichtungen aus der KRK um. Ebenso hat der UN-Anti-Folterausschuss in seinen Abschließenden Bemerkungen zum deutschen Staatenbericht im Jahr 2011 Deutschland aufgefordert, Kinder vom Flughafenverfahren auszunehmen.⁶⁰

Wie bereits ausgeführt, greift der völkerrechtliche Schutz des Art. 20 KRK, sofern das zu schützende Kind der Hoheitsgewalt des Vertragsstaates unterliegt, was auch in so genannten Transitbereichen, etwa in Flughäfen oder Häfen, der Fall ist.

Eine mögliche Argumentation der Vertragsstaaten, dass Transitbereiche nicht ihrer Hoheitsgewalt unterlägen, schließe in jedem Fall fehl. Werden Personen in diesen Bereichen festgehalten, von dort aus zurückgewiesen oder abgeschoben, zeigt ja gerade dies, dass die Staaten auch dort ihre Hoheitsgewalt ausüben. Der EGMR bejaht dementsprechend auch die Anwendbarkeit der EMRK für Personen im Transitbereich.⁶¹

Unbegleitete Minderjährige dürfen nicht zur Prüfung ihres Asylantrags in Transitbereichen festgehalten werden, bevor die Vertragsstaaten ihnen die Einreise gewähren, sie zurückweisen respektive abschieben. Art. 20 KRK gilt für alle Kinder, sobald sie von ihrem familiären Umfeld getrennt sind; sei es dauerhaft oder auch nur „vorübergehend“ (Art. 20 Abs. 1 KRK).

Unbegleitete Minderjährige zur Durchführung eines Asylverfahrens in Transitbereichen festzuhalten, ist auch nicht mit Art. 22 Abs. 2 KRK zu vereinbaren. Für unbegleitete Minderjährige, die einen Flüchtlingsstatus oder Schutz nach internationalem oder nationalem (Asyl-)Recht begehren oder erfolgreich erhalten, stellt Art. 22 Abs. 2 KRK explizit klar, dass Art. 20 KRK auch für sie gilt.⁶² Art. 22 Abs. 2, S. 2 KRK stellt also unbegleitete Minderjährige, die Schutz im Sinne des Art. 22 Abs. 1 KRK suchen, anderen allein stehenden Kindern im Sinne des Art. 20 KRK gleich.⁶³ Er ist insofern von Bedeutung, als er klarstellt, dass unbegleiteten Kindern aus dem Begehren eines Schutzstatus keine Benachteiligung hinsichtlich des Anspruchs aus Art. 20 KRK erwachsen darf.

⁶⁰ Consideration of reports submitted by States parties under article 19 of the Convention, Concluding observations of the Committee against Torture, Germany, UN-Dokument CAT/C/DEU/C0/5 vom 12.12.2011, Ziffer 27.

⁶¹ Siehe beispielsweise EGMR, Urteil vom 25. 6. 1996, EuGRZ 1996, S. 577, S. 586 - Amuur.

⁶² Siehe genauer Cremer, Hendrik, Der Anspruch des unbegleiteten Kindes auf Betreuung und Unterbringung nach Art. 20 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes. Seine Geltung und Anwendbarkeit in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland. Baden-Baden 2006, S. 114 ff.

⁶³ Vgl. ebenso Dorsch, Gabriele, Die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, Berlin 1994, S. 206 f.; Steinbock, Daniel, Unaccompanied Refugee Children in Host Country Foster Families, IJRL 1996, S. 27; Peter, Erich, Das Recht der Flüchtlingskinder, Karlsruhe 2001, S. 228; VG Hamburg, Beschluss vom 18. 8. 1994, 3 VG A 5318/94.

Unbegleitete Kinder, die einen Asylantrag stellen, zwecks Prüfung ihres Asylantrags in Transitbereichen unterzubringen, ist schließlich auch deswegen nicht zu rechtfertigen, weil es nach der Kinderrechtskonvention für die Frage der Gestattung ihrer Einreise nicht allein darauf ankommen darf, ob sie Gründe nachweisen können, die im Rahmen eines Asylverfahrens geprüft werden.

Vielmehr kann auch Art. 20 KRK einer Zurückweisung oder Abschiebung entgegenstehen, was im Rahmen eines Asylverfahrens nach § 18 a Asylverfahrensgesetz keine Berücksichtigung findet.

Art. 20 KRK begründet nicht nur ein Zurückweisungsverbot an der Grenze⁶⁴, sondern ebenso ein Abschiebungsverbot. Die dem Kind gegenüber bestehende Verpflichtung aus Art. 20 KRK setzt der staatlichen Souveränität zur Ergreifung aufenthaltsbeendender Maßnahmen absolute Grenzen.

Ausgangspunkt des Anspruchs auf alternative Ersatzbetreuung ist die konkrete Notsituation eines Kindes. Aufenthaltsbeendende Maßnahmen, welche die Betreuungsbedürftigkeit und Unterbringungssituation eines Kindes im Falle einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme außer Acht lassen, so dass das Kind aufgrund fehlender familiärer Anbindungen sich selbst überlassen bliebe, liefen Ziel und Zweck des Art. 20 KRK demnach diametral entgegen. In einem solchen Fall hat eine aufenthaltsbeendende Maßnahme in jedem Fall zu unterbleiben.⁶⁵

Kein Minderjähriger darf folglich zurückgeführt werden, ohne dass vorher geklärt ist, wer die Verantwortung, Betreuung, Unterbringung und Versorgung in dem Staat übernimmt, in den er zurückgeführt wird. Von den zuständigen staatlichen Behörden ist abzuklären, ob das Kind zu seinen Eltern respektive anderen Angehörigen zurückgeführt werden kann und ob diese in der Lage sind, seine dem Alter, der physischen und psychischen Verfassung etc. entsprechenden Bedürfnisse abzudecken.

Ist eine Familienzusammenführung mit den Eltern oder Angehörigen nicht möglich⁶⁶ oder lässt sich feststellen, dass eine Rückkehr zu diesen mit dem Wohl des Kindes nicht vereinbar ist,⁶⁷ bliebe als weitere Möglichkeit, dass das Kind in familiärer oder anderweitiger privater Ersatzbetreuung oder in einer geeigneten Einrichtung untergebracht wird, die sich der Betreuung und Versorgung des Kindes annimmt.⁶⁸

Dabei genügt es nicht, bloß festzustellen, dass im Herkunftsstaat Eltern oder andere Angehörige leben beziehungsweise es im betreffenden Staat Einrichtungen gibt, die sich um allein stehende Kinder und Jugendliche sorgen. Von den zuständigen Behörden des

⁶⁴ Siehe dazu bereits oben.

⁶⁵ Vgl. dazu auch Rittstieg, Helmut, Anmerkung zu einem Beschluss des LG Hamburg vom 11. 7. 1994, InfAuslR 1994, S. 364; vgl. auch unter Bezugnahme auf Art. 20 KRK i. V. m. Art. 3 KRK VG Arnsberg, Beschluss vom 7. 5. 1996, InfAuslR 1996, 285; VG Hannover, Urteil vom 11. 4. 1997, 5 A 7174/96. Siehe dazu ebenso Art. 10 der so genannten „Rückführungsrichtlinie“, Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl. L 348 vom 24.12.2008, S. 98, und § 58 Abs. 1 a AufenthG.

⁶⁶ Z. B. wenn die Eltern/Verwandte tot, in Haft oder unauffindbar sind.

⁶⁷ Als Gründe, die einer Familienzusammenführung entgegenstehen, kommen etwa innerfamiliäre Gründe in Betracht. In diesem Zusammenhang ist etwa an Kinder zu denken, die ihre Familie aufgrund innerfamiliärer Gewalt verlassen haben. Gemeint ist hier z. B. sexueller Missbrauch, körperliche Misshandlung oder die Gefahr einer genitalen Verstümmelung. Gleiches gilt, wenn die Eltern nicht in der Lage sind, die Versorgung des Kindes zu gewährleisten.

⁶⁸ Vgl. dazu auch Schweizerische ARK, Urteil vom 31. 7. 1998 (Grundsatzentscheid), EMARK, 1998/13, S. 84, S. 99, unter Bezug auf Art. 3 Abs. 1 KRK.

Aufenthaltsstaates ist vielmehr konkret abzuklären, ob das betreffende Kind tatsächlich in sein familiäres Umfeld zurückgeführt werden kann bzw. ob es - wo das nicht möglich ist oder dem Wohl des Kindes nicht entspricht - anderweitig betreut und untergebracht werden kann.⁶⁹

Die zuständigen Behörden haben im Vorfeld einer Rückführung eines Minderjährigen daher geeignete Maßnahmen⁷⁰ zu treffen, damit der Minderjährige bei seiner Rückkehr von seinen Eltern, Angehörigen oder einer Behörde⁷¹ oder Institution, die ihm weiterhilft und sich um seine Unterbringung kümmert, in Empfang genommen wird.⁷²

VI. Weitergehender Änderungsbedarf - Lücken im Gesetzesentwurf

1. Verbot der Abschiebungshaft

Im Gesetzesentwurf fehlt eine Regelung, welche die Anordnung von Abschiebungshaft gegenüber unbegleiteten Minderjährigen grundsätzlich untersagt.

Auch für die Frage, ob unbegleitete Minderjährige in Abschiebungshaft genommen werden dürfen, kommt Art. 20 KRK zentrale Bedeutung zu.⁷³ Daneben ist auch Art. 37 b) KRK von Relevanz, der Kinder vor Eingriffen in ihre Freiheit schützt.

Wird der Staat - etwa im Zuge von Grenzkontrollen - auf einen unbegleiteten Minderjährigen beim Überschreiten der Außengrenzen Deutschlands oder im Inland auf ihn aufmerksam, darf dieser nicht inhaftiert werden.⁷⁴ Er ist vielmehr Art. 20 KRK entsprechend im Rahmen der Kinder- und Jugendhilfe (SGB VIII) unterzubringen.

Darüber hinaus ist auch die Herausnahme eines Minderjährigen aus einer Einrichtung der Kinder- und Jugendhilfe oder aus einer Pflegefamilie und die Anordnung von Haft zwecks Abschiebung des Kindes nicht mit Art. 20 KRK zu vereinbaren. Die Herausnahme eines Kindes aus alternativer Ersatzbetreuung im Sinne von Art. 20 KRK ist nur dann rechtlich zulässig, wenn sie ein legitimes Ziel verfolgt und im Lichte des Kindeswohlmaßstabs verhältnismäßig ist. Eingriffe in die durch Art. 20 KRK geschützte Rechtsposition dürfen grundsätzlich nur unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Lichte des Kindeswohlmaßstabs erfolgen. Dies gilt auch für aufenthaltsbeendende Maßnahmen.⁷⁵

⁶⁹ Vgl. dazu auch Schweizerische ARK, ebd., unter Bezugnahme auf Art. 3 Abs. 1 KRK. Vgl. ebenso unter Bezugnahme auf Art. 3 Abs. 1 KRK UNHCR (Hrsg.), Guidelines Unaccompanied Children, S. 11.

⁷⁰ Z. B. die Absprache über Ort und Zeit der Übergabe mit der in Empfang nehmenden Person.

⁷¹ Etwa einer Jugendbehörde.

⁷² Vgl. dazu auch Schweizerische ARK, Urteil vom 31. 7. 1998 (Grundsatzentscheid), EMARK, 1998/13, 84, 100, unter Bezug auf Art. 3 Abs. 1 KRK; UNHCR (Hrsg.), Guidelines Unaccompanied Children, S. 11. Siehe dazu ebenso Art. 10 der so genannten „Rückführungsrichtlinie“, Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl. L 348 vom 24.12.2008, S. 98, und § 58 Abs. 1 a AufenthG.

⁷³ Cremer, Hendrik, Abschiebungshaft und Menschenrechte, Zur Dauer der Haft und zur Inhaftierung von unbegleiteten Minderjährigen in Deutschland, Deutsches Institut für Menschenrechte (Hg.), Berlin 2011, S. 7 ff.

⁷⁴ Siehe UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, General Comment No. 6, Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside Their Country of Origin, UN-Dokument CRC/GC/2005/6 vom 01.09.2005, Ziffer 39 f., Viviane Reding, Vizpräsidentin der Europäischen Kommission, verantwortlich für Justiz, Grundrechte und Bürgerschaft, „Die Bedeutung der EU-Grundrechte-Charta für die Europäische Rechtsetzungspraxis“, Berlin, 17.09.2010, unter Bezugnahme auf die UN-Kinderrechtskonvention, <http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/de/aktuell/news.html>.

⁷⁵ Vgl. dazu genauer Cremer, Hendrik, Der Anspruch des unbegleiteten Kindes auf Betreuung und Unterbringung nach Art. 20 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes. Seine Geltung und Anwendbarkeit in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland. Baden-Baden 2006, S. 164 ff.

Bei der Inhaftierung von Minderjährigen zum Zweck ihrer Abschiebung erscheint bereits fraglich, ob sie ein legitimes Ziel verfolgt, da sie dem Schutzzweck des Art. 20 KRK diametral entgegen läuft. Jedenfalls wird sie dem Verhältnismäßigkeitsmaßstab nicht gerecht, da sie das Kindeswohl missachtet.

Im Übrigen ist es auch mit Art. 37 b) KRK nicht vereinbar, Kinder zum Zweck ihrer Abschiebung zu inhaftieren. Nach Art. 37 b) KRK bestehen bei der Anordnung von Haft gegenüber Minderjährigen grundsätzlich besonders hohe Rechtfertigungsvoraussetzungen. Dies wird dadurch zum Ausdruck gebracht, dass die Norm den ohnehin geltenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz explizit aufgreift und dadurch im Hinblick auf Minderjährige nochmals besonders untermauert: Demnach darf Freiheitsentziehung bei einem Kind nur als letztes Mittel und für die kürzeste angemessene Zeit angewendet werden.

Minderjährigen, auch Minderjährigen, die dem Recht des Art. 20 KRK unterliegen, kann unter Umständen zwar die Freiheit entzogen werden. Freiheitsentziehung als letztes Mittel kann etwa dann in Betracht kommen, wenn von einem Minderjährigen konkrete Gefahren für Leib oder Leben anderer Personen ausgehen. Gleiches kann bei Selbstgefährdungen der Fall sein. In solchen Konstellationen können Freiheit entziehende Maßnahmen aus präventiven Gründen rechtlich zulässig oder sogar geboten sein. Im Fall von Straftaten kommt bei Minderjährigen auch die Anordnung von Freiheitsstrafen als letztes Mittel in Betracht.⁷⁶

Unbegleitete Minderjährige dürfen indes nicht in Abschiebungshaft genommen werden.⁷⁷ Zwar können Rückführungen unbegleiteter Minderjähriger im Einklang mit der KRK erfolgen, wenn das Kindeswohl dabei ausreichend beachtet wird. Die zwangsweise Durchsetzung einer Ausreisepflicht mittels Anordnung von Abschiebungshaft ist mit der Verpflichtung zur Achtung des Kindeswohls allerdings nicht zu vereinbaren.

Greift ein Vertragsstaat der KRK hier zum Mittel der Freiheitsentziehung, würden sich bei dieser Maßnahme allein die Interessen des Staates durchsetzen, der in Art. 3 Abs. 1 KRK normierte Grundsatz des Vorrang des Kindeswohls bei allen staatlichen Maßnahmen würde völlig verdrängt.⁷⁸ Einen unbegleiteten Minderjährigen in Haft zu nehmen, weil er die Voraussetzungen zur rechtmäßigen Einreise oder zum rechtmäßigen Aufenthalt nicht erfüllt, ist daher nicht mit Art. 37 b) KRK vereinbar.⁷⁹

2. Spezifische Aufenthaltstitel für unbegleitete Minderjährige

a) Aufenthaltstitel für die Dauer von Clearingverfahren

Überdies sollte die Gesetzgebung um eine minderjährigenspezifische Regelung für unbegleitete Minderjährige ergänzt werden, damit diese nicht mehr in Asylverfahren gedrängt werden. Dazu sollte eine Bestimmung eingefügt werden, die für die Dauer so genannter Clearingverfahren⁸⁰ den Aufenthalt unbegleiteter Minderjähriger sichert.

⁷⁶ Siehe Art. 37 b) KRK.

⁷⁷ Im Ergebnis ebenso: Parlamentarische Versammlung des Europarats, Resolution 1707 (2010) vom 28.01.2010, Ziffer 9.1.9: „never“; siehe ebenso Hammarberg, Thomas (Menschenrechtskommissar des Europarates) (2011): Migrant children should not be detained. http://commissioner.cws.coe.int/tiki-view_blog_post.php?postId=116 (abgerufen am 10.04.2013).

⁷⁸ Siehe ebenso Struck, Norbert, Infobrief National Coalition für die Umsetzung der Kinderrechtskonvention in Deutschland, 2/2010, S. 9.

⁷⁹ Siehe ebenso UN, Ausschuss für die Rechte des Kindes, General Comment No. 6, Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside Their Country of Origin, UN-Dokument CRC/GC/2005/6 vom 01.09.2005, Ziffer 61.

⁸⁰ In solchen Verfahren können die jeweilige persönliche und familiäre Situation des Kindes und weitere am Kindeswohl orientierte Schritte geklärt werden, etwa Anträge nach dem Asyl- oder **2013 Deutsches Institut für Menschenrechte. Alle Rechte vorbehalten.** Deutsches Institut für Menschenrechte, Zimmerstr. 26-27, 10969 Berlin Telefon (030) 25 93 59-0, E-Mail info@institut-fuer-menschenrechte.de menschenrechte.de www.institut-fuer-menschenrechte.de

Sinnvoll und geboten erschiene ebenso, einen minderjährigenspezifischen Aufenthaltstitel zu schaffen, um zu vermeiden, dass unbegleitete Minderjährige aussichtslose Asylverfahren durchlaufen, um anschließend über einen längeren Zeitraum im Duldungsstatus zu leben. Den Minderjährigen sollte - unter Berücksichtigung des Rechts auf Entwicklung nach Art. 6 KRK - die Möglichkeit gegeben werden, in einer wichtigen Phase ihres Lebens Planungssicherheit zu erhalten, um etwa eine Schul- oder Ausbildung aufnehmen und abschließen zu können.

b) Aufenthaltstitel für minderjährige Betroffene von Menschenhandel

Die am 1. April 2013 für Deutschland in Kraft getretene Europaratskonvention gegen Menschenhandel verpflichtet die Staaten in Art. 14 Abs. 2 unter Bezug auf den Vorrang des Kindeswohls aus Art. 3 der KRK, minderjährigen Betroffenen von Menschenhandel unabhängig von deren Kooperationsbereitschaft im Strafverfahren gegen die Täter einen Aufenthaltstitel zu erteilen, wenn das Kindeswohl dies gebietet. Im Aufenthaltsgesetz gilt derzeit hingegen für Kinder und Erwachsene unterschiedslos § 25 Abs. 4a, der für die Erteilung des Aufenthaltstitels zwingend voraussetzt, dass die Anwesenheit des Opfers im Bundesgebiet für ein Strafverfahren wegen dieser Straftat von der Staatsanwaltschaft oder dem Strafgericht für sachgerecht erachtet wird.⁸¹

VII. Zusammenfassende Würdigung

Die in dem Gesetzesentwurf vorgesehenen Regelungen lassen die Lücke, die in der deutschen Rechtsordnung klafft, zwischen der momentanen Rechtslage und den Anforderungen der UN-Kinderrechtskonvention deutlich geringer ausfallen. Der Gesetzesentwurf greift einige wesentliche Aspekte auf, welche die Situation der Kinder im Sinne der Kinderrechtskonvention verbessern würde.

Insbesondere bei der Altersfeststellung wird der Gesetzesentwurf dem Kindeswohlmaßstab der KRK nicht gerecht, zudem fehlt eine Vorschrift, welche die Anordnung von Abschiebungshaft gegenüber Minderjährigen grundsätzlich untersagt.

Aufenthaltsrecht, eine Familienzusammenführung mit den Eltern oder anderen Angehörigen und/oder die freiwillige Rückkehr in den Herkunftsstaat.

⁸¹ Vgl. hierzu näher Petra Follmar-Otto, Schriftliche Stellungnahme des Deutschen Instituts für Menschenrechte zur Anhörung des Ausschusses für Menschenrechte und humanitäre Hilfe „Menschenhandel“ am 30. November 2011, S. 4 f.